

Forbudet mot eksklusivitetsavtaler

Anvendelsen av konkurranse-loven § 11 på eksklusivitetsavtaler

Kandidatnummer: 333

Leveringsfrist: 25.04.2007

Veileder: Simen M. Klevstrand

Semester for levering: V-07

Til sammen 12701 ord

Forord

Denne spesialoppgave setter punktum for et seks år langt jus studie, og har vært en interessant avslutning på utdannelsen.

Å sikre effektiv ressursbruk gjennom virksom konkurranse er hovedformålet med konkurransereglene. Regelverket trekker opp grensen for hvilken atferd som kan tillates for å oppnå denne målsetningen, og utgjør derfor viktige spilleregler for aktørene i konkurransen.

Denne oppgaven analyserer i hvilken utstrekning en eksklusivitetsavtale kan aksepteres som forretningsmetode. I denne sammenheng blir det gjort rede for hvordan vurderingen av om en eksklusivitetsavtale er forbudt, skal gjennomføres.

Jeg takker med dette min veileder Simen M. Klevstrand for konstruktiv og meget nyttig bistand. Det har vært en lærerik prosess.

Innholdsfortegnelse

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 PRESENTASJON AV TEMA | 1 |
| 1.2 TILNÆRMING TIL OPPGAVEN | 2 |
| 1.3 AVGRENSNING AV OPPGAVEN..... | 3 |
| 1.4 OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLING..... | 4 |
| 2 RETTSKILDER..... | 6 |
| 2.1 INNLEDNING..... | 6 |
| 2.2 KONKURRANSELOVENS FORMÅL | 6 |
| 2.3 DE ULKE RETTSKILDENE | 7 |
| 2.4 RETTSANVENDELSEN AV KONKURRANSELOVEN § 11 OG FORHOLDET TIL EØS ARTIKKEL 54..... | 9 |
| 2.4.1 Rettskildebruken ved anvendelsen av konkurranse-loven § 11 | 9 |
| 2.4.2 Forholdet mellom de nasjonale konkurranse-rettsbestemmelsene og EØS-avtalen | 10 |
| 3 ANALYSE AV EKSKLUSIVITETSAVTALER..... | 12 |
| 3.1 NÅR ANSES EN AVTALE SOM EKSKLUSIV? | 12 |
| 3.1.1 Hva forbyr bestemmelsen?..... | 12 |
| 3.1.2 Hva menes med en eksklusivitetsavtale?..... | 13 |
| 3.2 ER EKSKLUSIVITETSAVTALER FORBUDT UTEN HENSYN TIL DERES KONKRETE VIRKNINGER PÅ KONKURRANSEN? | 14 |
| 3.2.1 Problemstillingen..... | 14 |
| 3.2.2 EF-domstolens og Førsteinstansdomstolens praksis | 14 |
| 3.2.3 Kommisjonen | 23 |
| 3.2.4 Norsk praksis | 26 |
| 3.2.5 Andre kilder | 27 |
| 3.2.6 Konklusjon..... | 28 |
| 3.2.7 Bør det alltid foretas en virkningsanalyse? | 29 |
| 4 ANALYSEN AV KONKURRANSESKADELIGE VIRKNINGER..... | 32 |
| 4.1 PROBLEMSTILLINGEN..... | 32 |
| 4.2 I HVOR STOR GRAD MÅ MARKEDET VÆRE BERØRT? | 33 |
| 4.3 HVIS DEN KONKURRANSESKADELIGE VIRKNINGEN AV EKSKLUSIVITETSAVTALEN ER AV TILSTREKKELIG KARAKTER TIL Å FORBY ATFERDEN, KAN DEN LIKEVEL TILLATES? | 34 |
| 4.3.1 Læren om <i>objective justification</i> | 34 |
| 4.3.2 Er doktrinen om <i>objective justifications</i> et uttrykk for en selvstendig regel? | 36 |
| 4.4 ER REGLENE PRESISE NOK? | 36 |
| 5 HVA KAN VENTES AV FREMTIDIGE AVGJØRELSER?..... | 38 |
| 5.1 FORHOLDET MELLOM KOMMISJONENS RETTSANVENDELSE OG EF-DOMSTOLENS FREMTIDIGE AVGJØRELSER | 38 |
| 6 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER | 40 |
| 7 KILDER..... | 41 |

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Jeg skal i denne oppgaven vurdere de dominerende foretaks mulighet til å anvende eksklusivitetsavtaler som forretningsmetode. Konkurranseloven¹ § 11 forbyr dominerende foretak utilbørlig å utnytte sin stilling. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

Konkurranseloven har som mål å oppnå effektiv ressursbruk, virkemiddelet skal være konkurranse.² Med utgangspunkt i ønsket om en virksom konkurranse forbyr

konkurranseloven en rekke typer avtaler og atferd som anvendes i næringslivet.

Hovedformålet med konkurranseloven § 11 er imidlertid å verne om konkurransen på områder der konkurransen allerede er svak. Fordi et dominerende foretak allerede innebærer svekket konkurranse i markedet, har rettspraksis lagt en streng forvaltning av regelverket til grunn når det vurderes om de dominerende foretaks forretningsmetoder kan anses som lovlige.

Konkurranseloven § 11 tilsvarer artikkel 54 i EØS-avtalen, og det er i forarbeidene angitt at § 11 skal tolkes i samsvar med EØS-avtalens artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82.³

EF-domstolen har i Hoffmann-La Roche konkludert med at "an undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers - even if it does so at their request - by an obligation or a promise on their part to obtain all or most of their requirements

¹ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, heretter konkurranseloven, av 5. mars 2004 nr.12.

² Konkurranseloven § 1.

³ Ot prp. Nr 6 (2003-2004), side 224-225.

exclusively from the said undertaking”, opererer i strid med konkurransereglene.⁴

Tilsynelatende ser det ut til at alle eksklusivitetsavtaler etter denne avgjørelsen er forbudt. Dette utgangspunktet krever imidlertid en nyansering, ettersom det eksisterer faktorer som tilsier at en så vidt streng forvaltning ikke nødvendigvis er riktig. Praksis fra de ulike EU-organene indikerer at det foregår en utvikling når det gjelder omfanget av de dominerende foretaks adgang til å anvende eksklusivitetsavtaler som forretningsmetode. Som det vil fremgå av oppgaven er det flere argumenter som tyder på at en slik utvikling både er ønskelig, og til en viss grad nødvendig. Det er i teorien uenighet om hvor langt et forbud mot eksklusivitetsavtaler rekker.

1.2 Tilnærming til oppgaven

Utgangspunktet for oppgavens analyse er konkurranseloven av 2004. Det presiseres imidlertid i forarbeidene at de rettsavgjørelser som følger fra den Europeiske Fællesskaps domstol,⁵ heretter EF-domstolen, skal være retningsgivende for den nasjonale forvaltningen av konkurransereglene.⁶ På denne bakgrunn vil oppgaven basere seg på avgjørelser fra EF-domstolen og Førsteinstansdomstolen.⁷ Disse vil være utgangspunkt for analysen av innholdet i forbudet mot eksklusivitetsavtaler som forretningsmetode.

Kommisjonen er ikke en del av rettsapparatet, men treffer generelle og individuelle beslutninger i kraft av sin myndighet som forvalter av konkurransereglene.⁸ Kommisjonens avgjørelser er dermed også et uttrykk for rettstilstanden og vil følgelig utgjøre en del av grunnlaget for analysen. Konkurranseloven § 11 er gitt en tilnærmet identisk utforming som EF-traktaten artikkel 82. Analysene i oppgaven vil også benytte denne bestemmelsen, ettersom det er artikkel 82 som anvendes av EF-domstolen.⁹ En presentasjon av rettskildene følger i avsnitt 2.

⁴ Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, premiss 89.

⁵ Traktat om opprettelse af Det Europæiske fællesskab, heretter EF-traktaten, femte del, særlig artikkel 220.

⁶ Ot prp. Nr 6 (2003-2004), side 224-225.

⁷ EF-traktaten artikkel 225, Førsteinstansdomstolen har et mer begrenset virkeområde enn EF-domstolen, og dens avgjørelser kan ankes inn for EF-domstolen.

⁸ EF-traktaten femte del, artikkel 211.

⁹ EF-domstolen anvender også Avtale om det økonomiske Europeiske samarbeidsområde, heretter EØS-avtalen, artikkel 54 i saker som har en EØS-dimensjon.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Gjenstand for oppgaven er dominerende foretaks bruk av eksklusivitetsavtaler som forretningsmetode. Oppgaven er dermed begrenset til en type ulovlig forretningsatferd begått av *dominerende* foretak. Det er § 11 som utgjør det rettslige grunnlaget for forbudet.

Eksklusivitetsavtaler forplanter seg vertikalt i distribusjonsskjeden. Konkurranseloven § 10 gjelder både konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak på samme omsetningstrinn (horisontalt samarbeid) og konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak på forskjellige omsetningstrinn (vertikalt samarbeid).¹⁰ Eksklusivitetsavtaler reguleres dermed også av konkurranseloven § 10. Jeg har likevel valgt å avgrense mot forbudet etter konkurranseloven § 10. Dette skyldes at selve vurderingen av om eksklusivitetsavtaler som forretningsmetode er ulovlig, er forskjellig avhengig av om det er tale om et dominerende foretaks handlinger, eller handlinger foretatt gjennom et vertikalt samarbeid mellom flere aktører. EF-domstolen fastslo i Delimitis-avgjørelsen¹¹ at det var den samlede effekten av alle samarbeidsavtalene som var gjenstand for vurderingen av om avtalene medførte så omfattende virkninger i markedet, at de utgjorde et konkurransebegrensende samarbeid. Denne vurderingen skiller seg fra vurderingen av konkurranseloven § 11, ettersom en dominerende stilling allerede vil kunne medføre omfattende virkninger i markedet på grunn av dets posisjon. Vurderingen som følger av Delimitis-avgjørelsen vil være unødvendig i denne sammenheng. Konkurranseloven § 10 åpner også for flere unntak fra forbudet, enn de unntaksmuligheter som gjelder for dominerende foretak.¹²

For at forbudet i konkurranseloven § 11 skal komme til anvendelse, må det berørte foretaket ha en dominerende posisjon i markedet. For å kunne fastslå om dette vilkåret er oppfylt, er det nødvendig med en konkret avgrensning av det *relevante marked*. Praksis har presisert avgrensningen til et krav om at både det relevante produktmarked¹³ og det relevante geografiske marked, må fastlegges for å kunne fastslå hva som utgjør det relevante marked.¹⁴ Først når det relevante marked er avgrenset, kan det vurderes hvilken

¹⁰ Case 58/64, Consten & Grundig v Commission.

¹¹ Case 234/89, Stergios Delimitis v Henninger Brau AG, blant annet premiss 24.

¹² Ordlyden i konkurranseloven § 10 åpner for unntak i 3.ledd i de tilfeller der en interesseavveining av fordeler og ulemper ved atferden tilsier at atferden likevel bør tillates. En tilsvarende formulering følger ikke av ordlyden i konkurranseloven § 11.

¹³ Case 6/72, Europemballage Corp and Continental Can Co inc v Commission, premiss 32 flg.

¹⁴ Case 27/76, United Brands v Commission, premiss 10.

posisjon foretaket har i dette markedet. Det er en presumsjon for at jo høyere markedsandeler foretaket har, jo mer sannsynlig er det at foretaket er dominerende.¹⁵ Hva som kreves for å inneha en dominerende stilling relaterer seg til den markedsrett foretaket besitter over det markedet det operer i. Følgelig kan ikke vilkåret beskrives generelt, men må vurderes konkret opp mot det berørte marked. Rettspraksis har imidlertid søkt å formulere en generell definisjon av kravet til dominerende stilling. I *United Brands*¹⁶ ble det uttalt at "the dominant position thus referred to by Article (86) [i dag artikkel 82] relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers". EF-domstolen har vist til denne avgjørelsen i flere senere saker,¹⁷ og den anses dermed som retningsgivende for vurderingen av om det foreligger dominans. Tilsynelatende ser det ut til at EF-domstolen oppstiller to krav, henholdsvis evnen til å begrense konkurransen og muligheten til å kunne opptre uavhengig av sine konkurrenter på markedet. Det eksisterer imidlertid en klar sammenheng mellom disse vilkårene, ettersom det er foretakets uavhengige atferd som gjør det mulig å begrense konkurransen. Det vil imidlertid føre for langt å gå inn på en vurdering av momentene i denne oppgaven. Ettersom forbudet i konkurranseloven § 11 kun retter seg mot de dominerende foretaks forretningsatferd, vil dominans bli forutsatt oppfylt i det følgende.

1.4 Oversikt over den videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg gi en presentasjon av rettskildebildet. Ettersom den norske konkurranseloven er basert på det tilsvarende europeiske regelverk,¹⁸ er det nødvendig å redegjøre for den rettslige konteksten konkurransereglene befinner seg i.

Med utgangspunkt i forbudet mot eksklusivitetsavtaler som ble konstatert i *Hoffmann-La Roche*, er det nødvendig å vurdere hvorvidt det eksisterer et absolutt forbud mot eksklusivitetsavtaler. Anvendelsen av konkurransereglene forutsetter at reglene skal vurderes i sin økonomiske kontekst for å kunne avgjøre hvorvidt de rettslige krav er

¹⁵ Whish (2005) s. 180.

¹⁶ Case 27/76, *United Brands v Commission*, premiss 65.

¹⁷ Se blant annet Case-85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission*, premiss 38.

¹⁸ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det Europeisk Økonomiske samarbeidsområde mv., heretter EØS-loven, av 27 november 1992 nr 109.

oppfylt. Spørsmålet er om det kreves en konkret økonomisk analyse ved anvendelsen av forbudet i § 11. I kapittel 3 følger derfor en vurdering hva som kan utledes av praksis fra EF-domstolen, og hvordan andre organer som forvalter konkurransereglene, forholder seg til denne praksisen. Kommisjonen publiserte i desember 2005 et høringsnotat om anvendelsen av EF-traktaten artikkel 82 på ekskluderende atferd.¹⁹ Notatet gir anvisning på en rettsutvikling i forhold til tidligere praksis. Det er derfor nødvendig å analysere innholdet av dette notatet, samt å gi en vurdering av dets rekkevidde. Med utgangspunkt i at praksis ikke gir anvisning på en entydig rettstilstand, foretar jeg en vurdering av hvilke konsekvenser et absolutt forbud mot eksklusivitetsavtaler kan medføre for konkurransen.

I kapittel 4 vil jeg se nærmere på hvilket grunnlag en slik vurdering skal gjøres. Her vil jeg også ta stilling til om hvordan virkningsvurderingen forholder seg til de unntaksmuligheter som følger av praksis.

Rekkevidden av forbudet er ikke entydig og kan medføre at praksis ikke alltid vil være konsekvent. I kapittel 5 blir det derfor foretatt en vurdering av hva vi kan vente oss av fremtidige avgjørelser, sett på bakgrunn av Kommisjonens høringsnotat.

¹⁹ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005.

2 Rettskilder

2.1 Innledning

Det er konkurranseloven som hovedsakelig regulerer et foretaks opptreden i markedet. Den nye konkurranseloven trådte i kraft 1. mai 2004. Et av hovedformålene med å endre loven var å harmonisere de norske konkurransereglene med EØS-reglene.²⁰ Det eksisterer imidlertid ingen folkerettslig forpliktelse til å innføre konkurranseregler som er identiske EØS-avtalens konkurranseregler. Ønsket om en harmonisering ligger hos lovgiver i Norge og fremgår av forarbeidene til loven.²¹

2.2 Konkurranselovens formål

Det følger av formålsbestemmelsen i konkurranseloven § 1 at målet med loven er å oppnå effektiv ressursbruk gjennom virksom konkurranse. Ordlyden gir med andre ord uttrykk for at det er *konkurransen* som er det beste virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk.²² Konkurransen blir således utgangspunktet for hvordan konkurransereglene skal tolkes og anvendes. Dette er kun et utgangspunkt. Effektiv ressursbruk forutsetter et velfungerende marked. En forutsetning er imidlertid at markedsaktørene står fritt til å bestemme hvilke transaksjoner de ønsker å inngå, og med hvem.²³ Dette gjelder likevel ikke dersom friheten misbrukes i kombinasjon med markedsrett. Teorien om et velfungerende marked er dermed mer en politisk målsetningen enn et speilbilde av realiteten, idet markedet i praksis inneholder markedssvikt på flere nivåer.²⁴ Det kan være tale om etableringsbarrierer som gjør at øvrige konkurrenter ikke ønsker å etablere seg på markedet, selv om et dominerende foretaks handlinger skulle tilsi at nye konkurrenter tiltrekkes markedet. For eksempel gjennom å sette opp prisen på en vare. For å motvirke at markedsmakten misbrukes, er det derfor et behov for å sette grenser for foretak i dominerende posisjoner. Konkurranseloven trekker opp grensene for hva som kan tillates, og blir her et viktig virkemiddel, hvor målet er å sikre et velfungerende marked.

²⁰ EØS-loven § 1 flg.

²¹ Ot prp. Nr. 6 (2003-2004), side 224.

²² Ot prp. Nr. 6 (2003-2004), side 221-224.

²³ EØS-rett (2004), s. 468.

²⁴ Whish (2005) s. 6.

2.3 De ulike rettskildene

Konkurranseloven gjelder for atferd som har virkning i riket, jf. lovens stedlige virkeområde.²⁵ Det er imidlertid konkurranselovens definisjon av foretak i § 2, som avgrenser det materielle virkeområdet for loven. Med foretak menes enhver som driver offentlig eller privat ervervsvirksomhet.²⁶ Verken EØS-avtalens artikkel 53 eller 54 eller EF-traktatens artikkel 81 eller 82 definerer foretak konkret, men det følger av EØS-avtalens protokoll 22 artikkel 1 at med foretak menes enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art. Denne definisjonen er i overensstemmelse med den praksis som følger EF-domstolens anvendelse av begrepet.²⁷ Den vil være retningsgivende for anvendelsen av konkurranseloven, jf. lovens forarbeider.²⁸ Ettersom definisjonen legger en økonomisk referanseramme til grunn, innebærer dette at man må ta utgangspunkt i virksomhetens funksjon fremfor dens rettslige status, for å avklare hvorvidt konkurranseloven får anvendelse i det konkrete tilfellet.

Forarbeider er normalt ansett som en viktig rettskilde, men når det gjelder konkurranseloven bør dette utgangspunktet modifiseres. Dette skyldes at konkurranseloven i hovedsak er utformet ut i fra et ønske om å harmonisere reglene med EØS-avtalens konkurranseregler.²⁹ I denne forbindelse har Norge forpliktet seg til å følge den praksis som følger fra EF-domstolen. Den nasjonale rettsoppfatning vil således bli tillagt mindre vekt. På den annen side følger det av EØS-loven § 2 at lovbestemmelser som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, herunder konkurranseloven, skal gå foran dersom oppstår konflikt med bestemmelser som regulerer samme forhold. Forarbeidene til den nasjonale lovbestemmelsen vil følgelig få stor betydning ved tolkningen av denne, i den utstrekning det foreligger en motstrid med EØS bestemmelsen.

Konkurranseloven gir hjemmel til å utforme forskrifter som beskriver den atferd foretakene lovlig kan benytte seg av i sin virksomhet. Disse baserer seg for det meste på

²⁵ Konkurranseloven §5.

²⁶ Konkurranseloven §2.

²⁷ Case C-41/90 Høfner and Elser v Macrotron GmbH, premiss 21.

²⁸ Ot. Prp. nr. 6 (2003-2004) punkt 17, s. 221.

²⁹ Ot. prp. Nr. 6 (2003-2004) s. 224.

gruppefritaksordningene etter henholdsvis EØS-avtalens artikkel 53 3. ledd, og EF-traktatens artikkel 81 3. ledd.

Det finnes foreløpig ingen høyesterettspraksis etter den nye konkurranseloven som vurderer ekskluderende atferd som misbrukende atferd etter konkurranseloven § 11. Den nasjonale praksis som foreligger skriver seg fra Konkurransetilsynets avgjørelser. Konkurransetilsynet forvalter konkurransereglene gjennom vedtak etter konkurranseloven.³⁰ Det eksisterer imidlertid en rikholdig praksis fra EF-domstolen vedrørende artikkel 82 som tilsvarende konkurranseloven § 11. På bakgrunn av EØS-avtalen artikkel 108 2. ledd, har EFTA statene gjennom ODA avtalen, også opprettet en egen domstol til å overprøve eventuelle konflikter vedrørende anvendelsen av EØS-avtalens bestemmelser.³¹

Konkurransereglene byr på en rekke usikkerhetsmomenter, hvilket illustreres av den praksis som følger av EF-domstolen. Dette utgangspunkt, sammenholdt med rettskildevekten av disse avgjørelsene,³² kan være årsaken til at TINE har besluttet å anke Konkurransetilsynets avgjørelse TINE-saken,³³ for å sikre en avklaring av forbudet i konkurranseloven § 11. Det bør understrekes at alle, så vel Konkurransetilsynet som domstolene, etter forarbeidene er forpliktet til å legge vekt på praksis fra EF-domstolen.³⁴ Dette kan medføre at den norske domstolen ikke nødvendigvis vil vurdere saken annerledes, ettersom de samme rettskildene skal legges til grunn.

Kommisjonen har blant annet til oppgave å forvalte konkurransereglene etter EF-traktaten.³⁵ ESA³⁶ er det tilsvarende organet innen EØS-avtalens virkeområde. Praksis fra disse organene er imidlertid ikke en like tungtveiende rettskilde som EF-domstolens avgjørelser. Beslutningene kan ankes inn for EF-domstolen, og utgjør dermed ikke en

³⁰ Konkurranseloven § 9. Et eksempel på et slikt vedtak er Konkurransetilsynets avgjørelse V2007-2_TINE, TINE-saken.

³¹ Avtale mellom EFTA statene om opprettelse av et overvåkningsorgan en domstol, heretter ODA avtalen, artikkel 27.

³² Ot prp. Nr. 6 (2003-2004) s. 224. Se nærmere om vurderingen av forholdet mellom rettskildene i punkt 2.3.

³³ V2007-2_TINE. I denne avgjørelsen ble TINE bøtelagt for å ha misbruk sin dominerende stilling på bakgrunn av eksklusivitetsavtaler med Rema om at Rema bare skulle føre ost fra TINE. Denne atferden utgjorde etter konkurransetilsynets oppfatning en konkurranseskadelig handling, ettersom den medførte at konkurrenten Synnøve Finden ble ekskludert fra konkurransen.

³⁴ Ot. Prp Nr. 6 (2003-2004) s. 224, om den nærmere vurderingen av forholdet mellom de europeiske rettskilder og nasjonale rettskilder, se punkt 2.3.

³⁵ EF-traktatens femte del, artikkel 211.

³⁶ ODA avtalen artikkel 4 og 5.

endelig avklaring av rettstilstanden. På den annen side vil organenes rettsoppfatning gjennom vedtakene kunne være til stor veiledning, særlig tatt i betraktning Kommisjonens kunnskap om regelverket og den rettsutvikling som til enhver tid foregår.³⁷

Foruten de vedtak som Kommisjonen treffer, så avgir Kommisjonen også veiledende uttalelser vedrørende anvendelsen av konkurranselovgivningen. Uttalelsene er ikke direkte bindende for medlemsstatene. På den annen side gis de status som *soft law* med den innflytelse dette gir. Uttalelsene er forøvrig basert på praksis fra EF-domstolen, som utgjør en god informasjonskilde til innholdet av forbudet.

2.4 Rettsanvendelsen av konkurranseloven § 11 og forholdet til EØS artikkel 54

2.4.1 Rettskildebruken ved anvendelsen av konkurranseloven § 11

Når de nasjonale rettsanvenderne benytter internasjonale rettskilder, oppstår det spørsmål om hvilken *tolkningsmetode* som skal legges til grunn. EF-domstolens tolkningsmetode er formålsorientert. Forarbeidene til konkurranseloven³⁸ presiserer at målet om harmonisering ikke skal forhindre norske rettsannvendere i å vektlegge nasjonale formål. De tradisjonelle nasjonale rettskildene vil dermed kunne få betydning når innholdet av konkurranseloven § 11 skal fastlegges. Uttalelsen i forarbeidene kan ses på som et uttrykk for balansen mellom Norges suverenitet på den ene siden og ønsket om homogenitet med EØS-reglene på den andre. Forbudet i konkurranseloven § 11 gir anvisning på en standard som må vurderes opp mot de omstendigheter som atferden utøves under. Da atferden oppstår på forskjellige markeder med ulike kjennetegn, er det viktig å ta høyde for at flere hensyn enn de fellesskapsrettslige hensyn vil kunne gjøre seg gjeldende. På den annen side illustrerer Rt. 1997 s. 1954 at de tolkningsprinsipper som følger fra EF-domstolens rettskildebruk, også blir anvendt av de nasjonale rettsannvendere, herunder vektleggingen av de reelle hensyn.

Det vil imidlertid være enkelte nasjonale hensyn som er i strid med den felleseuropeiske målsetningen. Eksempler på dette kan være der det nasjonale marked blir beskyttet gjennom et forbud mot parallellimport av samme vare som den som distribueres nasjonalt.

³⁷ Som det vil fremgå av avsnitt 5, vil Kommisjonens rettsoppfatning kunne få en betydelig innflytelse ved anvendelsen av konkurransereglene.

³⁸ Ot prp. Nr. 6 (2003-2004) s. 225 jf. 224.

Ettersom dette er hensyn som ikke bidrar til å styrke den økonomiske målsetning om en felles økonomisk integrasjon, vil ivaretagelsen av slike hensyn bli bedømt strengt av EF-domstolen. Derfor vil adgangen til å hensynta nasjonale formål, slik som forarbeidene legger opp til, anses som en sikkerhetsventil nettopp der lovgiver har vurdert reglene på en annen måte. På bakgrunn av den nasjonale praksis ser det imidlertid ikke ut til at denne adgangen blir hyppig anvendt.

I forlengelse av vurderingen vedrørende omfanget av harmoniseringen, reiser Hans Petter Graver i en artikkel i *Lov og Rett*³⁹ spørsmålet om det er nødvendig at norske rettsanvendere også inntar den samme økonomiske tilnærmingen som blir lagt til grunn hos EUs rettsanvendere. Dette besvarer han bekræftende ettersom den økonomiske innfallsvinkelen utgjør en del av den virkelighetskonstruksjon som anses som gjeldende rett. Denne skal derfor legges til grunn.

2.4.2 Forholdet mellom de nasjonale konkurranserettsbestemmelsene og EØS-avtalen

Det følger av EØS-konkurranseloven § 7⁴⁰ at når konkurransemyndighetene⁴¹ skal forvalte konkurranseloven, så skal de samtidig anvende EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Bestemmelsen sikrer dermed anvendelse av det internasjonale regelverk, og forhindrer samtidig at EØS-reglene fravikes, med den begrunnelse at nasjonale konkurranseregler ikke rekker like langt.⁴² Konsekvensen er at både konkurranseloven og EØS-avtalens artikkel 53 og 54 kan få anvendelse i tilfeller der både samhandelen er påvirket, og atferden har virkning i Norge.⁴³ Gjennom statens åpenbare forpliktelse til å overholde EØS-avtalen, er Norge avskåret fra å anvende *mindre* restriktive regler enn de som EØS-avtalen foreskriver. EØS-konkurranseloven tilfører derfor i realiteten ikke noe mer enn en presisering av anvendelsesområdet for de to regelsettene. Bestemmelsen forbyr imidlertid nasjonale rettsforvaltere å anvende *mer* restriktive regler enn det som følger av avtalen. Dette forbudet gjelder dog ikke ved behandlingen av dominerende foretak, og et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er derfor om det eksisterer momenter som tilsier at

³⁹ Graver (2004) s. 345.

⁴⁰ Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv., heretter EØS-konkurranseloven, av 5. mars 2004 nr.11, § 7 jf. § 1.

⁴¹ Konkurranseloven § 8.

⁴² Graver (2004) s. 343.

⁴³ Konkurranseloven § 5.

konkurranseloven § 11 skal gis en strengere anvendelse enn det som følger av EØS-avtalens artikkel 54. Finnes det holdepunkter for å fravike utgangspunktet fra forarbeidene om rettsharmoni?

Graver gir i en artikkel⁴⁴ uttrykk for at adgangen til en mer restriktiv anvendelse ikke bør benyttes i og med at rettskildesituasjonen for de to regelsett i all hovedsak er like. Selv om formålene har en noe ulik vinkling, ettersom integrasjon ikke er et formål etter de norske konkurransereglene og forbrukerhensyn er spesielt fremhevet i den norske konkurranseloven,⁴⁵ vil dette ikke være tilstrekkelig til å begrunne en mer restriktiv nasjonal anvendelse. Hovedhensikten med ønsket om rettsharmoni er å forenkle reglene for de aktører det berører. En strengere anvendelse av konkurranseloven § 11 vil ikke ivareta dette formålet.

⁴⁴ Graver, (2004) s. 343.

⁴⁵ Konkurranseloven § 1 2. Ledd.

3 Analyse av eksklusivitetsavtaler

3.1 Når anses en avtale som eksklusiv?

3.1.1 Hva forbyr bestemmelsen?

Utgangspunktet for bestemmelsen er at det skal dreie seg om et foretak med en dominerende posisjon, ettersom denne posisjonen gir mulighet til å kontrollere markedet gjennom å ekskludere øvrige konkurrenter.⁴⁶ Ordlyden i konkurranseloven § 11 gir eksempler på flere typer atferd som kan anses som en misbrukende atferd. Listen er ikke uttømmende, men ment som en indikator på konkurransehandlinger som ofte vil være skadelig for konkurransen.⁴⁷ Det følger likevel av bestemmelsen at det er først når atferden til det dominerende foretaket er vurdert som en utilbørlig utnyttelse av markedsstillingen, at den rammes av et eventuelt forbud. EF-domstolen har gjennom sine avgjørelser presisert forbudshandlingen til et krav om at det skal foreligge et utilbørlig *misbruk* av markedsposisjonen.⁴⁸ Teorien har med utgangspunkt i denne praksisen inndelt den misbrukende atferden i kategorier som omtales etter hvilken konkurranseskadelig *konsekvens* handlingen har i markedet. Kategoriene har fått betegnelsene utnyttende atferd og ekskluderende atferd, som retter seg henholdsvis mot utnyttende atferd overfor etterspørkerne, og ekskluderende atferd overfor de øvrige konkurrentene i markedet. Betegnelsene antyder at det ikke er typen atferd, men den konkurranseskadelige virkning atferden har, som har relevans ved vurderingen av om en handling er forbudt. Med utgangspunkt i den praksis som foreligger er det likevel uklart hvilken betydning virkningene tillegges ved anvendelsen av forbudsbestemmelsen. Da denne kan se ut til å etablere et generelt forbud mot å anvende eksklusivitetsavtaler, uten at det foretas en konkret analyse av atferdens virkninger for konkurransen.⁴⁹

⁴⁶ Case 27/76, *United Brands v Commission*, premiss 121, hvor nettopp markedsmakten ga foretaket en mulighet til å opptre uavhengig av de øvrige aktørene.

⁴⁷ Case 395/96, *Compagnie Maritime Belge Transports*, premiss 112, og Case C-95/04 *British Airways v Commission*, premises 105.

⁴⁸ Case 6/72 *Continental Can*, premiss 26.

⁴⁹ Problemstillingen er om det eksisterer et absolutt forbud mot å anvende eksklusivitetsavtaler, formuleringen *absolutt* er imidlertid ikke helt presis ettersom en absolutt regel ikke tar høyde for eventuelle unntak. I det følgende vil forbudet, på bakgrunn av begrepsbruken i teorien, hovedsakelig bli omtalt som et per se forbud.

3.1.2 Hva menes med en eksklusivitetsavtale?

Ordlyden i konkurranseloven § 11 nevner ikke eksklusivitetsavtaler som en særskilt kategori. Det eksisterer dermed ingen lovfestet definisjon av hva som forstås med eksklusivitetsavtaler. Rettspraksis har likevel i Hoffmann-La Roche etablert et forbud mot å anvende eksklusivitetsavtaler. Utgangspunktet for definisjonen må derfor tas i denne avgjørelsen.⁵⁰ En eksklusivitetsavtale ble her definert som ”an undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers - even if it does so at their request - by an obligation or a promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking”.

Definisjonen innebærer først og fremst at det foreligger en eksklusivitetsavtale når distribusjonsleddet som forhandler med den dominerende aktøren forplikter seg til å avta varer fra denne aktøren. Innholdet i definisjonen rammer *selve forpliktelsen* til å bare forhandle med en aktør, uttalelsen utelukker derfor ikke at også i de tilfeller der det er leverandøren som har forpliktet seg til å levere til en distributør skal omfattes av definisjonen. Selv om aktøren som er forpliktet etter avtalen har adgang til å kjøpe eller distribuere *andre produkter* enn produktene til den dominerende aktøren, vil det likevel være tale om en eksklusiv avtale dersom kjøperen har forpliktet seg til å dekke vesentlige deler av sitt varebehov fra den dominerende aktøren. EF-domstolen likestiller dermed kjøp av store kvantum med en fullstendig dekning av et varebehov.⁵¹ Med utgangspunkt i definisjonen er det interessant å se hvordan forståelsen av ordet eksklusiv utvides i den utstrekning det er tale om leveranser fra en dominerende aktør. En naturlig forståelse av en eksklusiv leveranse normalt vil innebære et krav til dekning av det fulle varebehov hos distribusjonsleddet. Når det med utgangspunktet i ordlyden er vanskelig å gi en presis definisjon av begrepet eksklusivitetsavtaler, kan det være uheldig å anvende en vid definisjon, ettersom dette kan få utilsiktede konsekvenser for forbudets virkeområde.

⁵⁰ Case-85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, premiss 89.

⁵¹ Kommisjonen har i gruppefritaket, Regulation 2790/99, Article 1 b, for vertikale avtaler under artikkel 81 3.ledd, ansett avtaler som forplikter avtaleparten å kjøpe mer enn 80% av varebehovet hos en leverandør som konkurransebegrensende atferd.

3.2 Er eksklusivitetsavtaler forbudt uten hensyn til deres konkrete virkninger på konkurransen?

3.2.1 Problemstillingen

Den er den *skadelige* virkningen for konkurransen som legitimerer forbudet etter konkurranselovens § 11. For å fastlå denne konsekvensen i konkurransen, kan det være nødvendig med en analyse av hvilke virkninger atferden faktisk medfører for konkurransen i det marked foretaket opererer på. Problemstillingen er imidlertid om det er nødvendig å foreta en virkningsanalyse når et dominerende foretak anvender eksklusivitetsavtaler, eller om det gjelder et per se forbud mot denne atferden som gjør en virkningsanalyse overflødig.

En virkningsanalyse er noe annet enn den unntaksadgang som følger av doktrinen om *objective justifications*,⁵² og gir følgelig ikke svar på problemstillingen av om det eksisterer et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler.

3.2.2 EF-domstolens og Førsteinstansdomstolens praksis

3.2.2.1 Hoffmann-La Roche

I Hoffmann-La Roche hadde det dominerende foretaket inngått avtaler med en forpliktelse, alternativt et rabatt tilbud, om at kjøperne skulle dekke varebehovet sitt eksklusivt hos denne leverandøren. De var inngått 22 avtaler som varte i flere år. Dersom en eksklusivitetsavtale virker utestengende for en eller flere konkurrenter, vil dette kunne bidra til at konkurransen svekkes. Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt, idet det ikke er en nødvendig sammenheng mellom å ekskludere en konkurrent og en konkurranseskadelig handling. Hva som skal til for å konstatere en konkurranseskadelig atferd kan dermed ikke beskrives generelt, og det kan være årsaken til at EF-domstolen i Hoffmann-La Roche avgjørelsen presiserer hvordan den avvikende konkurranseatferden bør ha “the effect of hindering the maintenance of the degree of the competition still existing in the market or the growth of that competition” for at forbudet kan inntreffe.⁵³ Denne uttalelsen er tilsynelatende en klar oppfordring om at virkningene av eksklusivitetsavtalen skal vurderes opp mot konkurransen i markedet, før en forbudt atferd kan konstateres. Avgjørelsen ser dermed ut til å indikere at et eventuelt forbud mot

⁵² Doktrinen om *objective justifications* blir behandlet kort i avsnitt 4.

⁵³ Case-85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, premiss 91.

eksklusivitetsavtaler ikke er en per se regel, men at det skal foretas en helhetsvurdering av om atferden påvirker konkurransesituasjonen i en skadelige retning i markedet, og ikke bare hva avtalen isolert sett medfører for de øvrige konkurrentenes posisjon.

Det er imidlertid ikke helt entydig hvorledes uttalelsen fra EF-domstolen skal forstås. Leser man dommen i sammenheng, ser det ut til at avgjørelsen i realiteten er et uttrykk for at eksklusivitetsavtaler er forbudt selv uten en konkret virkningsvurdering, ettersom det etter EF-domstolens oppfatning vanskelig kan påvises positive virkninger i markedet når en dominerende aktør benytter seg av eksklusivitetsavtaler med sine distribusjonsledd. Avgjørelsen antyder med andre ord et per se forbud.

EF-domstolen uttaler at "obligations of this kind..., are incompatible with the objective of undistorted competition within the common market, because - unless there are exceptional circumstances which may make an agreement between undertakings in the context of article 85 and in particular of paragraph (3) of that article, permissible - they are not based on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to deprive the purchaser of or restrict his possible choices of sources of supply and to deny other producers access to the market."⁵⁴

Gjennom å trekke en parallell til den unntaksadgang som EF-traktaten i artikkel 81 3. ledd åpner for, vurderer EF-domstolen eksklusivitetsavtaler med den bakgrunn at avtalene ikke kan rettferdiggjøres ut fra hensynet til konkurransen i markedet når de ikke kan legitimeres ut fra unntaksmuligheten i 3. ledd. Det interessante med denne parallellen er at EF-domstolen ser ut til å konkludere med at eksklusivitetsavtaler har den nødvendige ekskluderende effekt på øvrige konkurrenter til å konstatere en konkurranseskadelig atferd, ut fra en slutning om at når en analogisk vurdering av unntakene i artikkel 81 3. ledd ikke er oppfylt, så følger det at kravet til en konkurranseskadelig atferd vil være oppfylt. Uttalelsen kan se ut til å innebære at den konkrete virkningsanalysen anses unødvendig. Selv om eksklusivitetsavtaler er en type atferd som kan rammes av både forbudet i EF-traktaten artikkel 81 og artikkel 82, så er ordlyden i bestemmelsene formulert forskjellig. Når EF-traktaten artikkel 82 ikke åpner for unntak tilsvarende EF-traktaten artikkel 81, er dette et uttrykk for at andre vurderinger kan og skal legges til grunn ved anvendelsen av

⁵⁴ Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, premiss 90.

EF-traktaten artikkel 81. Selv om rettspraksis har etablert en unntaksadgang også etter EF-traktaten artikkel 82,⁵⁵ er dette en vurdering som skal foretas etter at en eventuell forbudt atferd er blitt konstatert, og ikke som et ledd i selve konstateringen av forbudet.⁵⁶ Dette blir enda mer tydelig ettersom EF-traktaten artikkel 81 sonder uttrykkelig mellom atferd med et konkurranseskadelig formål som ikke trenger en konkret vurdering, og atferd som har en slik virkning som følgelig gjør det nødvendig med en konkret vurdering. En tilsvarende formulering fremgår ikke av EF-traktaten artikkel 82. Sett i sammenheng med artikkel 81 indikerer dette at en slik tilnærming til forbudet ikke følger av artikkel 82.

EF-domstolens begrunnelse for at eksklusivitetsavtalene i Hoffmann-La Roche forbys synes ikke tilstrekkelig underbygget, ettersom begrunnelsen vurderes opp mot et annet grunnlag enn den konkrete utilbørlighetsvurderingen som ordlyden legger opp til. Det er de økonomiske omstendigheter som legitimerer forbudet mot å anvende eksklusivitetsavtaler, og det er følgelig en forutsetning for anvendelsen av forbudet å holde seg til den vurdering som er etablert for den type atferd, ettersom det gjelder ulike økonomiske hensyn avhengig av om det er tale om et dominerende foretak eller ikke. Dersom en annen vurdering skal legges til grunn, krever dette en klar begrunnelse for hvorfor en slik analyse bidrar til å oppfylle den vurdering som følger av konkurranseloven § 11.

3.2.2.2 BPB Industries

I BPB Industries forelå det eksklusive kjøpsavtaler mellom det dominerende foretaket og kjøperne. I avgjørelsen ble det imidlertid understreket at "such exclusive purchasing commitments cannot, as a matter of principle, be prohibited."⁵⁷ Med denne uttalelsen hevder Richard Whish at det kan argumenteres for at det eksisterer et krav om at det må påvises konkurranseskadelige virkninger, eventuelt potensielle konkurranseskadelige virkninger, for at forbudet skal inntreffe.⁵⁸

Selv om denne avgjørelsen gir en anvisning på at virkningene skal vurderes konkret, så antyder den virkningsanalyse som blir foretatt at de konkurranseskadelige virkninger tilnærmet alltid vil inntreffe når et foretak som holder en dominerende posisjon i markedet

⁵⁵ Unntaksadgangen, og omfanget av den, blir behandlet under avsnitt 4.3.

⁵⁶ Dette utgangspunktet må trolig modifiseres på bakgrunn av at praksis ikke alltid behandler regelen som en selvstendig regel.

⁵⁷ Case T-65/89, BPB Industries v Commission, premiss 66.

⁵⁸ Whish (2005), s. 655.

benytter seg av eksklusivitetsavtaler. Spørsmålet er derfor om uttalelsen i den ovennevnte sak i realiteten innebærer en per se tilnærming mot å anvende eksklusivitetsavtaler, ettersom virkningene ved at et dominerende foretak anvender eksklusivitetsklausuler faktisk ikke blir vurdert konkret opp mot hva denne eksklusivitetsavtalen medfører av konsekvenser for konkurransen på dette markedet *spesielt*. Konsekvensen av denne praksisen er i så fall at den konkrete vurderingen blir trukket inn i definisjonen av en eksklusivitetsavtale på et generelt grunnlag. Dette vil innebære at den virkningsvurdering som tilsynelatende foretas, gjennomføres under en henvisning til at eksklusivitetsavtaler generelt påvirker konkurransen negativt. På denne bakgrunn gir Førsteinstansdomstolen forbudet i § 11 et vidt anvendelsesområde, en anvendelse som ikke nødvendigvis er i samsvar med kravet til en konkurranseskadelig atferd, ettersom det ikke alltid vil være skadelig for konkurransen at en distributør har forpliktet seg til å avta varer fra en dominerende aktør.⁵⁹

På den annen side kan det ikke utledes av den vurderingen som foretas at det eksisterer et klart per se forbud mot å anvende eksklusivitetsavtaler. Selv om avgjørelsen tyder på at den konkrete virkningsvurderingen forsvinner, så innebærer ikke uttalelsen at den stenger for muligheten til å foreta en konkret analyse av hvorledes virkningene påvirker konkurransen. Tvert imot synes avgjørelsen gjennom sin uttalelse å holde en mulighet åpen for at en virkningsvurdering skal gjennomføres i de tilfeller der det kan være omstendigheter i markedet som gjør at konkurransen vil fungere, selv om en aktør har forpliktet seg til å ikke avta varer fra andre leverandører enn det dominerende foretaket.

3.2.2.3 *Van den Bergh*

Ved vurderingen av om det kreves en virkningsanalyse kan avgjørelsen i Van den Bergh saken være illustrerende. I denne avgjørelsen ble det fastslått at forbudet mot eksklusivitetsavtaler også omfatter de faktiske hindringer som medfører at det dominerende foretaket i realiteten oppnår en eksklusiv leveranse til distribusjonsleddet, selv om det ikke forelå en avtale eller enighet som forhindret avtaleparten fra å motta varer fra andre aktører.⁶⁰ Når Førsteinstansdomstolen kom til det resultat at atferden til det

⁵⁹ En nærmere vurdering av dette synspunktet følger i avsnitt 3.2.5.

⁶⁰ T 65/98 Van den Bergh Foods Ltd v Commission, der klausuler på bruk av frysekabinett levert av den dominerende aktøren i realiteten medførte at øvrige aktører ikke kom til på markedet ettersom de ikke kunne plasseres i samme fryser som det dominerende merket. Den ekskluderende atferden ble rammet av forbudet

dominerende foretaket var ulovlig, var det på bakgrunn av de virkningene atferden medførte for konkurransen. Avgjørelsen illustrerer dermed at atferdens virkninger vektlegges ved anvendelsen av forbudet, hvilket kan være et uttrykk for at det er nødvendig å vurdere virkningene. På den annen side er antakeligvis domstolens vektlegging av virkningene et resultat av at den ønsker å forhindre dominerende foretak i å komme seg unna forbudet gjennom å benytte seg av atferd som i realiteten innebærer det samme som en avtalt eksklusivitetsklausul. Effekten av avgjørelsens vektlegging av virkningene er således at den foreskriver ulike former som en eksklusivitetsavtale kan komme i stand på, og ikke at det ikke eksisterer et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler. Både avtaler, felles forståelse og ensidig atferd som *leder til* eksklusivitet kan derfor rammes. Om virkemidlene som er benyttet kan klassifiseres som en avtale mellom partene eller ikke, er derfor uten betydning.

3.2.2.4 Øvrige avgjørelser

Eksklusivitetsklausuler kan etableres på flere måter enn gjennom en ren eksklusivitetsavtale. Dette kan illustreres med Suiker Unie⁶¹ hvor ble det konstatert at lojalitetsrabatter som medførte at kjøper handlet eksklusivt fra den dominerende aktøren var i strid med forbudet i EF-traktaten artikkel 82. På denne bakgrunn oppstår det spørsmål om avgjørelsene i lignende saker kan tilføre noe til problemstillingen av om det eksisterer et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler. Foruten det likhetstrekk at det dominerende foretak med lojalitetsrabatter oppnår å binde kjøpere til seg, vil det ved bruk av rabatter ofte kunne være en begrunnelse for denne som kan legitimere at kjøper binder seg. I Michelin I⁶² som gjaldt lojalitetsrabatter,⁶³ presiserte EF-domstolen at rabatten måtte vurderes på bakgrunn av de virkninger atferden utgjorde for konkurransen. Dette utgangspunktet ble bekreftet i Irish Sugar⁶⁴ hvor det ble understreket at det var nødvendig å ”appraise all the circumstances, and in particular the criteria and detailed rules for granting rebates..” for å vurdere om atferden utgjorde en konkurranseskadelig handling. Denne uttalelsen gir anvisning på en nyansert vurdering av bakgrunnen for bruk av rabatten, ettersom den åpner for at atferden kan legitimeres i enkelte tilfeller. I de tilfeller det

selv om det ikke forelå noen avtaleklausul om at butikkene ikke kunne anvende fryseskap tilhørende andre tilbydere i butikkene.

⁶¹ Case 40/73 Suiker Unie v Commission, premiss 518.

⁶² Case 322/81 Michelin v Commission I, premiss 73.

⁶³ I denne saken forlå det rabattordninger og bonusordninger som var avhengig av at konkrete salg ble oppnådd.

⁶⁴ Case T-228/97 Irish Sugar v Commission, premiss 197.

foreligger omstendigheter som kan legitimere rabatten, vil vurderingen skille seg fra de saker der eksklusivitetsklausulen ikke har noen annen begrunnelse enn å oppnå eksklusive leveranser. I den utstrekning vurderingen ved lojalitetsrabatter foretas på et annet grunnlag enn ved rene eksklusivitetsavtaler, kan praksis vedrørende lojalitetsrabatter som tilsynelatende åpner for at det skal foretas en virkningsvurdering ikke klargjøre problemstillingen om det tilsvarende skal gjelde for rene eksklusivitetsavtaler.

På den annen side er EF-domstolens klare utgangspunkt om at det er virkningene for konkurransen som skal vurderes og som utgjør bakgrunnen for om atferden er forbudt, et moment som har overføringsverdi til de tilfeller der det ikke foreligger noen rabatter mellom avtalepartene, ettersom dette utgangspunktet ikke knyttes opp til det faktum om det foreligger en rabatt eller ikke.

3.2.2.5 Har formålet med anvendelsen av eksklusivitetsklausuler en selvstendig betydning?

EF-domstolen og Førsteinstansdomstolen, har i senere avgjørelser unnlatt å vurdere virkningene i de tilfeller der et konkurranseskadelig formål har blitt konstatert. I denne sammenheng er det nærliggende å spørre om et konkurranseskadelige formål gjør en virkningsanalyse unødig.

EF-domstolen presiserte i Hoffmann-La Roche avgjørelsen, at "the concept of abuse is an objective concept".⁶⁵ Uttalelsen innebærer at det er atferdens konsekvenser for konkurransen som er avgjørende for om forbudet inntreffer. Hensikten med foretakets anvendelse av eksklusivitetsklausulen skal derfor anses som irrelevant. Det følger imidlertid av senere rettsavgjørelser at dette utgangspunkt trolig må nyanseres og utfylles med nyere praksis fra Førsteinstansdomstolen.⁶⁶ I *British Airways*⁶⁷ ble det presisert at det er tilstrekkelig til å forby handlingen, som her gjaldt lojalitetsrabatter, hvis atferdens *formål eller hensikt* er å begrense konkurransen. Det er dermed unødvendig å foreta en konkret analyse av hvilke virkninger atferden har, eventuelt om det er sannsynlig at de vil inntreffe, ettersom et formål om å begrense konkurransen uansett kvalifiserer til en utilbørlig utnyttelse. Dette nye utgangspunktet ble fulgt opp av Førsteinstansdomstolen i *Michelin II*, hvor det ble uttalt at det er tilstrekkelig at lojalitetsrabattene har til hensikt å

⁶⁵ Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, premiss 91.

⁶⁶ EF-traktaten artikkel 225. Førsteinstansdomstolens avgjørelser kan ankes inn for EF-domstolen, anvendelsesområdet er imidlertid mer begrenset.

⁶⁷ T-219/99, British Airways v Commission, premiss 293 jf. premiss 243.

begrense konkurransen.⁶⁸ Domstolen presiserte i denne sammenheng at også atferd som er *egnet* til å ha en slik virkning vil rammes av forbudet. Denne siste uttalelsen må imidlertid forstås som mer enn en presisering av utgangspunktet om at et konkurranseskadelig formål er tilstrekkelig til å konstatere et misbruk, ettersom flere typer handlinger kan være egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning, uten at dette nødvendigvis er formålet med handlingen. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom disse forholdene, og gjennom å begrense seg til et krav om egnethet, legger Førsteinstansdomstolen seg på et svært lavt nivå med hensyn til hva som kreves for å kunne konstatere et misbruk. Det ser dermed ut til at Førsteinstansdomstolen i denne avgjørelsen går lenger enn det som følger av British Airways-avgjørelsen.

British Airways og Michelin skaper et markant skille mellom atferd som har til formål å begrense konkurransen og atferd som ikke har det. Dette skillet fremgår ikke av ordlyden, og bryter med praksis fra EF-domstolen som ikke uttrykker en tilsvarende sonndring.⁶⁹ Det ser imidlertid ut til at EF-domstolen i avgjørelsen i ankesaken fra British Airways⁷⁰ opprettholder skillet mellom der et konkurranseskadelig formål kan konstateres, og der det ikke kan det, slik det ble etablert av Førsteinstansdomstolen. EF-domstolen presiserer at hensikten med rabattene fra British Airways var å oppnå lojalitet hos reisebyråene,⁷¹ og at selskapet derfor forsøkte å påvirke konkurransesituasjonen i skadelig retning. Den konkurranseskadelige effekten lojalitetsrabatter medfører, ble konstatert tidligere i avgjørelsen.⁷² Det faktum at British Airways selv hadde innrømmet et ønske om å oppnå lojalitet hos distributørene av billettene var for EF-domstolen tilstrekkelig som bevis for å kunne konstatere et konkurranseskadelig formål.

Denne rettsanvendelsen kan ytterligere belyses ved en svensk avgjørelse i Arla-saken.⁷³ I denne avgjørelsen ble det lagt stor vekt på at selve bevisføringen påviste at det forelå en avtale om å eliminere en konkurrent, på bakgrunn av en utbetaling fra det dominerende foretaket til avtaleparten. Ettersom eksklusivitetsavtalen var bevist og formålet med handlingen, å eliminere en konkurrent, var konstatert, fant ikke domstolen det nødvendig å se nærmere på de konkrete omstendigheter bak utbetalingen av pengene, eller vurdere

⁶⁸ T-203/01, Michelin v Commission II, premiss 239.

⁶⁹ Case 322/81, Michelin v Commission I, premiss 70-73.

⁷⁰ C-95/04, British Airways v Commission, premiss 96-101.

⁷¹ C-95/04, British Airways v Commission, premiss 100.

⁷² C-95/04, British Airways v Commission, premiss 77.

⁷³ 10. februar 2006, Arla saken, s. 34.

hvilke konsekvenser atferden ville medføre for konkurransen i markedet. Avgjørelsen illustrerer dermed at et konkurranseskadelig formål hindret domstolen i å foreta en konkret virkningsanalyse av eventuelle konkurranseskadelige virkninger i markedet, ettersom formålet etter domstolens oppfatning ikke kunne innebære noe annet enn at atferden var konkurranseskadelig.

Med utgangspunkt i de presenterte avgjørelsene er det mulig at et konkurranseskadelig formål er tilstrekkelig til å konstatere en forbudt atferd uten at en konkret virkningsanalyse skal foretas. Et konkurranseskadelig formål gis dermed selvstendig betydning ved vurderingen av om en eksklusivitetsavtale kan tillates.

Spørsmålet er hvilken betydning denne konklusjonen får for anvendelsen av forbudet i de tilfeller der et konkurranseskadelig formål *ikke* kan påvises. Er det da en forutsetning at det skal foretas en virkningsanalyse? Kan tidligere avgjørelser der domstolen ikke har foretatt en konkret virkningsanalyse, skyldes at formålet har blitt tillagt vekt selv om dette ikke har blitt uttalt uttrykkelig, eller er det et uttrykk for at det eksisterer et per se forbud?

For å kunne besvare denne problemstillingen må det først tas stilling til om det å vektlegge et konkurranseskadelig formål er noe annet enn en konkret virkningsanalyse, eller om det i realiteten er tale om to sider av samme sak. EF-domstolen avviser i *British Airways*⁷⁴ at det skal foretas en konkret virkningsvurdering av lojalitetsrabattenes effekt for konkurransen etter at den har slått fast at det forelå et konkurranseskadelig formål på bakgrunn av *British Airways'* ønske om å oppnå lojalitet. Dette konstateres imidlertid etter at EF-domstolen har foretatt en vurdering av om lojalitetsrabatter har en ekskluderende effekt på konkurrentene og derfor utgjør en konkurranseskadelig handling. Når man ser på avgjørelsen i sammenheng ser det dermed ut til at det foretas en konkret analyse av virkningene til tross for at et konkurranseskadelig formål kan konstateres. På denne bakgrunn er det tilsynelatende ikke en realitetsforskjell mellom den vurdering som foretas i avgjørelsen og en konkret virkningsvurdering.

Selv om en vurdering av rabattenes konkurranseskadelige virkninger er viktig for EF-domstolens avgjørelse, er den vurdering som foretas likevel en annen enn en

⁷⁴ C 95/04, *British Airways v Commission*, premiss 96-101.

virkningsanalyse av om atferden er konkurranseskadelig, ettersom den sistnevnte vurderer atferden mer konkret. Som anført av British Airways i den aktuelle saken kan det være at rabattene ikke var av et slikt omfang at de faktisk medførte en ekskluderende virkning for sine konkurrenter, på bakgrunn av omstendighetene i konkurransen forøvrig. Likevel illustrerer avgjørelsen at et konkurranseskadelig formål gjør det unødvendig for EF-domstolen å foreta ytterligere overveielser, med den konsekvens at analysen av handlingens konkurranseskadelige effekt på det aktuelle markedet forsvinner. På denne bakgrunn blir kravet til et konkurranseskadelig formål i realiteten et vilkår for om forbudet kan anvendes. Vurderingen som foretas i slike tilfeller vil følgelig være en bevisvurdering av om vilkåret er oppfylt. Dette er noe annet enn den vurdering som foretas for å bevise at en atferd medfører en konkurranseskadelig effekt.

Selv om vurderingen av formålet med handlingen i utgangspunktet er en annen, innebærer ikke dette at de tilfeller der EF-domstolen og Førsteinstansdomstolen ikke har vektlagt virkningene konkret, er et uttrykk for at EF-domstolen ikke mener at det er nødvendig å vurdere virkningene for å konstatere en forbudt atferd. EF-domstolens rettsanvendelse kan også være et uttrykk for at den i realiteten har lagt vekt på formålet med atferden, slik at en virkningsvurdering på denne bakgrunn ble ansett unødvendig. Dette kan være bakgrunnen for at denne rettsanvendelsen ble etablert i Michelin II og British Airways. Denne tolkningen er imidlertid ikke sikker, ettersom dette eventuelt er en holdning som ikke kommer til skriftlig uttrykk i avgjørelsene. Praksis fra domstolen bidrar derfor ikke til å løse problemstillingen av om forbudet i § 11 krever at det skal foretas en vurdering av de konkrete virkninger.

3.2.2.6 Delkonklusjon

Det som kompliserer anvendelsen av den praksis som foreligger fra EF-domstolen og Førsteinstansdomstolen vedrørende eksklusivitetsavtaler, er at i de tilfeller der den konstaterer et forbud mot en eksklusivitetsavtale, er det ofte klart at atferden medfører en åpenbar konkurranseskadelig virkning. I Hoffmann-La Roche var eksklusivitetsavtalene etablert uten noen tidsbegrensning, samtidig som det var en begrenset mulighet til å gjennomføre reforhandlinger av avtalene.⁷⁵ Dette er eksempler på omstendigheter som medfører at eksklusivitetsavtalen kan få mer omfattende virkninger på konkurransen, enn

⁷⁵ Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, premiss 86.

hvis den hadde hatt en tidsbegrensning eller mulighet for fornyelse. Det er uomtvistet at omfangsrike eksklusivitetsavtaler på et marked der konkurransen er begrenset ikke kan anses forenlig med effektiv konkurranse. Avgjørelsen er dermed ikke klargjørende for de tilfeller der eksklusivitetsavtalen ikke vil være like åpenbar i sine konkurranseskadelige virkninger. Det er i denne sammenheng usikkert om EF-domstolen antyder at en per se regel er et utslag av et tolkningsprinsipp som skal gjelde generelt for alle eksklusivitetsavtaler, eller om standarden er et konkret resultat av at EF-domstolen fant det klart at eksklusivitetsavtalen var uforenlig med konkurransen i denne saken, slik at en konkret vurdering på denne bakgrunn ble ansett unødvendig.

I den utstrekning det eksisterer et krav til at virkningene skal analyseres, slik det ser ut til at domstolen gjorde BPB Industries⁷⁶ og i Michelin I,⁷⁷ åpnes det samtidig for at en eksklusivitetsavtale kan være tillatt. Med utgangspunkt i denne forståelsen kan det ikke etableres et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler.

3.2.3 Kommisjonen

3.2.3.1 Høringsnotatet

Selv om domstolen har lagt en streng norm til grunn ved anvendelsen av forbudet mot eksklusivitetsavtaler, ser det likevel ut til at Kommisjonen ønsker å anvende en mindre restriktiv tilnærming til forbudet. Dette synspunktet fremgår av Kommisjonens høringsnotat.⁷⁸ Kommisjonens uttalelser har imidlertid ikke samme rettskildevekt som avgjørelsene fra EF-domstolen og Førsteinstansdomstolen, ettersom Kommisjonens oppgave er å forvalte konkurransereglene og ikke avgjøre eventuelle rettstvister vedrørende reglenes omfang. Kommisjonens vurderinger er likevel av sentral betydning for mange dominerende aktører ettersom dens beslutninger ofte har endelig virkning for de foretak som ikke bringer beslutningen inn for domstolen. I fravær av en klargjørende holdning i praksis vedrørende rettsanvendelsen, er høringsnotatet et godt utgangspunkt for en nærmere vurdering av rettstilstanden.⁷⁹

⁷⁶ Case T 65/89, BPB Industries v Commission, premiss 66.

⁷⁷ Case 322/81, Michelin v Commission, premiss 70-73.

⁷⁸ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005.

⁷⁹ En nærmere vurdering av forholdet mellom Kommisjonens rettsoppfatning og EF-domstolens praksis, følger i avsnitt 5.

Kommisjonen presiserer innledningsvis i notatet at den med eksklusivitetsavtaler forstår ”obligations which require the buyer on a particular market to concentrate its purchases to a large extent with one supplier.”⁸⁰ Kommisjonen opererer dermed med samme definisjon av eksklusivitetsavtaler som det som følger av praksis etablert av EF-domstolen.⁸¹ Når Kommisjonen skisserer selve anvendelsen av forbudet ser det imidlertid ut til at Kommisjonen til en viss grad fraviker den rettsanvendelse som EF-domstolen har lagt til grunn. Dette kan utledes av notatets klare uttalelse om at en dominerende aktør lovlig kan anvende eksklusivitetsavtaler som forretningsmetode, hvilket må forstås som et uttrykk for at det ikke eksisterer et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler etter Kommisjonens oppfatning. Tvert imot oppfordrer Kommisjonen til at det skal foretas en konkret virkningsanalyse, ettersom den foreskriver at både de negative og de positive effekter i markedet skal tas i betraktning ved vurderingen av om en eksklusivitetsavtale kan utgjøre en lovlig handling.⁸² Det klare standpunkt om at det er de konkrete virkningene som er det sentrale vurderingsmoment avviker fra domstolens strenge linje om at eksklusivitetsavtaler generelt er egnet til å påvirke konkurransen i en negativ retning.⁸³

Elementene i virkningsanalysen er nærmere presisert til en vurdering av eksklusivitetsklausulens form og varighet, og av omstendighetene på markedet forøvrig. Det presiseres at det kun er i den utstrekning atferden har en potensiell eller faktisk ekskluderende effekt i en konkurranseskadelig retning i markedet, at Kommisjonen vil anvende forbudet.⁸⁴ Denne reservasjonen innebærer at de konkrete momentene som eksempelvis form og varighet ikke er ment som selvstendige vilkår, men som momenter i helhetsvurderingen av om eksklusivitetsavtalen er forbudt. Kommisjonen presiserer at den i virkningsanalysen tar utgangspunkt i den formulering som følger av Hoffmann-La Roche, men understreker, utover den vurdering som følger av denne avgjørelsen,⁸⁵ at virkningene av eksklusivitetsavtalen også skal vurderes opp mot konkurrentenes mulighet til å tilpasse seg de foreliggende eksklusivitetsavtaler. Dette er et viktig moment ettersom konkurrentenes tilpasning til den foreliggende atferden kan innebære at en eksklusivitetsavtale faktisk ikke medfører den nødvendige konkurranseskadelige virkningen.

⁸⁰ Kommisjonens høringsnotat, punkt 135.

⁸¹ Se Hoffmann-La Roche

⁸² Kommisjonens høringsnotat, punkt 138.

⁸³ T-65/89, BPB Industries v Commission, premiss 66-67.

⁸⁴ Kommisjonens høringsnotat, punkt 144.

⁸⁵ Se avsnitt 3.2.2.

Det interessante med Kommisjonens uttalelser er at de vurderingsmomentene den foreskriver ikke er konstante kriterier men tvert imot gir anvisning på at det skal foretas en helhetsvurdering av atferdens virkninger i den økonomiske konteksten som foretaket befinner seg i. Dermed er det den samlede effekten av avtalens virkning for konkurransen som er interessant, og følgelig vil konkurrentenes mulighet til å tilpasse seg endringene i markedet også være av betydning for om den ekskluderende atferd skal anses som forbudt. Når konkurrentens atferd tas med i vurderingen av forbudet, vektlegges betydningen av at konkurransereglene skal beskytte konkurransen og ikke den enkelte aktør.

At den forbudte atferden skal analyseres i sammenheng med den økonomiske konteksten som foretaket befinner seg i, er i samsvar med de formål som konkurransereglene fremmer. Det er nettopp den økonomiske begrunnelsen som legitimerer at det kan anvendes enkelte typer atferd, da økonomiske betraktninger sørger for at effektiv konkurransen oppnås. Følgelig er det riktig at Kommisjonen lar disse vurderingene få en sentral betydning for om forbudet kommer til anvendelse i den konkrete sak.

3.2.3.2 Kommisjonens beslutninger

I Coca Cola saken⁸⁶ inngikk Coca Cola Company Ltd et forlik med Kommisjonen der de blant annet forpliktet seg til ikke å anvende eksklusivitetsavtaler med sine distributører for en tidsperiode på fem år. Når forliket bestemmer at forbudet mot å benytte seg av eksklusivitetsavtaler som forretningsmetode skal ha en varighet fremover i tid, kan dette være et uttrykk for at Kommisjonen ikke ønsker å vektlegge en virkningsvurdering av eksklusivitetsavtalen, ettersom forbudet stenger for å legge vekt på en eventuell utvikling i markedet i løpet av denne tidsperioden. På den annen side kan tiden også være et utslag av en hensiktsmessig måte å innrette seg på, uten å være et uttrykk for en generell oppfatning som Kommisjonen har inntatt. Uavhengig av årsaken til varigheten av forliket, forbyr Kommisjonen i all hovedsak Coca Cola å anvende eksklusivitetsavtaler, og legger dermed opp til en streng anvendelse av forbudet mot eksklusivitetsavtaler.

Det kan reises spørsmål om den anvendelse som ligger til grunn for Coca Cola-forliket er et korrekt uttrykk for Kommisjonens oppfatning av hvorledes regelverket skal tolkes. Det

⁸⁶ Case comp/39.116/B-2-Coca-Cola

er klart at Kommisjonen har mye makt, og at aktørene på denne bakgrunn ofte velger å innrette seg etter de forslag Kommisjonen kommer med. I motsatt fall risikerer de å bli bøtelagt. I denne sammenheng er derfor Coca Cola sitt valg om å akseptere forliket ikke nødvendigvis et uttrykk for at de er enige i den forståelsen som har blitt lagt til grunn, men i stedet et resultat av forhandlinger mellom partene. Ettersom Kommisjonen i høringsnotatet gir uttrykk for at forbudet forutsetter en virkningsvurdering, er det naturlig å ta utgangspunkt i denne forståelsen når Kommisjonens rettsanvendelse presiseres. Høringsnotatet er et eksplisitt uttrykk for hvordan Kommisjonen ønsker å anvende forbudet mot eksklusivitetsavtaler, i motsetning til et enkelt forlik som gis en konkret utforming.

I forlengelse av de synspunkt som kom til uttrykk gjennom Coca Cola-forliket følger et vedtak fra Kommisjonen i Tomra-saken i mars 2006.⁸⁷ Av vedtaket ser det ut til at Kommisjonen etablerer et streng norm for hvilke virkemidler som kan tillates. Det som imidlertid er interessant med vedtaket er i hvilken grad Kommisjonen vektlegger den samlede effekten av den strategien Tomra benyttet seg av, gjennom ulike typer atferd, for å ekskludere de øvrige aktørene. På bakgrunn av vedtaket kan det være tilfeller som isolert sett ikke er tilstrekkelig til å medføre konkurranseskadelige virkninger i markedet, men som likevel blir rammet på bakgrunn av den kumulative effekten. Avgjørelsen er imidlertid anket inn for Førsteinstansdomstolen, slik at det foreløpig er uklart hvorvidt den rettsanvendelse som Kommisjonen etablerer i denne saken vil stå seg.

3.2.4 Norsk praksis

Konkurransetilsynet tar i TINE-saken⁸⁸ utgangspunkt i Michelin II og British Airways når tilsynet presiserer, at det ikke er nødvendig å foreta en konkret virkningsanalyse i de tilfeller der et konkurranseskadelige formål kan påvises. Ettersom Konkurransetilsynet konstaterer at TINE hadde til hensikt å ekskludere Synnøve Finden som konkurrent, er følgelig en virkningsanalyse overflødig.⁸⁹ Konkurransetilsynets valg om å likevel vurdere virkningene kan derfor ikke være et uttrykk for at tilsynet mener at analysen er en nødvendig forutsetning for forbudet i konkurranselovens § 11. Ettersom Konkurransetilsynet baserer sin begrunnelse på den praksis som er analysert ovenfor,

⁸⁷ IP/06/398, forligger foreløpig kun en pressemelding.

⁸⁸ V2007-2_TINE, s. 43-44.

⁸⁹ V2007-2_TINE, s. 67.

bidrar den ikke til å klargjøre problemstillingen av om det eksisterer et absolutt forbud mot eksklusivitetsavtaler.

3.2.5 Andre kilder

For å belyse uheldige konsekvenser et per se forbud kan medføre, kan skandinavisk rettspraksis være illustrerende. Den danske Konkurrencestyrelsen, som er det tilsvarende organet som det norske Konkurransetilsynet, ser i biblioteksaken⁹⁰ ut til å anvende et annet utgangspunkt enn det som vil følge av en per se tilnærming. Rettskildevekten av denne avgjørelsen er imidlertid begrenset ettersom den er avsagt av det danske konkurransetilsynet, og ikke av en domstol. På den annen side er Konkurrencestyrelsen, på samme måte som norske rettsanvendere, bundet av den praksis som følger av EF-domstolen. Avgjørelsen kan således ses på som et uttrykk for hvordan de har tolket den praksis som foreligger fra EF-domstolen.

I denne saken var det bevist at det forelå en eksklusivitetsavtale mellom det dominerende foretaket og avtalemotparten. Det fremgår likevel klart av begrunnelsen at utgangspunktet for forbudet tas i en konkret virkningsvurdering av avtalens virkninger for konkurransen. Denne fremgangsmåten presiseres selv om den samtidig konkluderer med at eksklusivitetsavtalen er egnet til å utgjøre et misbruk på bakgrunn av dens unormale karakter. Ettersom eksklusivitetsavtalenes omfang utgjorde en så vidt beskjeden andel av markedet, antok Konkurrencestyrelsen at den ekskluderende virkningen av avtalene for *konkurrenten*, ikke medførte konkurranseskadelige virkninger for *konkurransen*. Avgjørelsen illustrerer dermed at det er viktig å foreta en konkret vurdering av eventuelle konkurranseskadelige virkninger. Det var nettopp den konkrete analyse av den reelle konkurranseskadelige effekt som medførte at atferden ikke ble ansett å utgjøre et misbruk, til tross for dens ekskluderende virkninger for konkurrenten.

Denne rettsanvendelsen er også lagt til grunn i The Competition Authority, som tilsvarende Konkurransetilsynet i England, sin beslutning om ikke å gripe inn mot Ticket Master Ireland.⁹¹ I denne saken ble det lagt vekt på hvordan de eksklusivitetsavtaler som forelå, ikke bidro til å begrense konkurransen for øvrige konkurrenter, fordi de avtaler som var

⁹⁰ Journal nr. 4/0120-0100-0017/SEK/LOB, avsnitt 235.

⁹¹ Case COM/107/02

gjenstand for vurdering ble reforhandlet jevnlig, samtidig som det var en mulighet for at også andre foretak kunne oppnå en slik avtale. Ettersom omstendighetene ved avtalene og markedet forøvrig tilsa at det var mulighet for aktørene å tilpasse seg eksklusivitetsavtalene, medførte de ikke en tilstrekkelig effekt i markedet til å konstatere en konkurranseskadelig virkning.

En tilsvarende anvendelse fremgår av Konkurrencesverket, som tilsvarende Konkurrentilsynet i Sverige, sin beslutning om ikke å gripe inn mot Ticnets eksklusivitetsavtaler med promotørene.⁹² Her ble det lagt vekt på at de eksklusivitetsavtaler som forelå ikke medførte en ekskluderende effekt på de øvrige konkurrenter, ettersom det fortsatt var stor konkurranse i distribusjonsleddet. Følgelig var det faktum at konkurransen fungerte selv om en eksklusivitetsavtale forelå, avgjørende for at avtalene ikke kvalifiserte til en konkurranseskadelig handling.

Om avgjørelsene kan ses på som et uttrykk for den gjeldende rettstilstanden, eller om de er et uttrykk for et resultat som fremkom på bakgrunn av sakenes særegne karakter, er det ikke enkelt å gi et presist svar på. Avgjørelsene er imidlertid egnet til å illustrere hvordan et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler, med den konsekvens at en virkningsanalyse ikke foretas, gir forbudet et vidt virkningsområde.

3.2.6 Konklusjon

Det fremgår av delkonklusjonen ovenfor,⁹³ at praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansdomstolen ikke er tilstrekkelig entydig til å etablere et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler. Det fremgår også tydelig av Kommisjonens høringsnotat at forbudet mot eksklusivitetsavtaler forutsetter en virkningsanalyse. Høringsnotatet går imidlertid noe lenger enn praksis fra domstolen. Notatet foreskriver en mindre restriktiv anvendelse av forbudet, ettersom det presiserer at eksklusivitetsavtaler skal kunne være tillatt.

På bakgrunn av den strenge rettsanvendelse som domstolen har lagt til grunn ved forbudet mot eksklusivitetsavtaler, kan det reises spørsmål om denne praksisen er i overensstemmelse med den rettsanvendelse som Kommisjonen gir anvisning på i

⁹² Dnr 444/2005, 2007-03-07

⁹³ Se avsnitt 3.2.2.6.

høringsnotatet. Etter alminnelige rettskildeprinsipper vil EF-domstolens tolkning, ved en eventuell motstrid, være avgjørende for hvilken rettsanvendelse som skal legges til grunn. Poenget med Kommisjonens høringsnotat er imidlertid at den bevisst tar utgangspunkt i, og til en viss grad fraviker den praksis som etter rettskildeprinsippene skal gå foran. En endelig klargjøring av rettstilstanden forutsetter dermed en avklaring fra EF-domstolen. Ettersom dette foreløpig ikke foreligger, og eldre praksis ikke er helt entydig, er det naturlig å ta utgangspunkt i den rettsanvendelse som Kommisjonen foreskriver. Dette synet er blitt fulgt av de nasjonale tilsynsorganene.

Med utgangspunkt i den praksis som har blitt analysert gjennom oppgaven, eksisterer det ikke tilstrekkelige holdepunkter til å konkludere med at den stenger for at en virkningsanalyse kan foretas. Følgelig eksisterer det ikke et absolutt forbud mot eksklusivitetsavtaler.

3.2.7 Bør det alltid foretas en virkningsanalyse?

3.2.7.1 Kan en virkningsanalyse være konkurransefremmende?

En dominerende posisjon i markedet etableres gjennom at foretaket vinner kunder på bakgrunn av produktets pris, kvalitet og service. For å kunne gi produktet denne overlegne posisjonen, samt å opprettholde den, anvendes ulike virkemidler for å tiltrekke seg kunder. Uten tilstrekkelig etterspørsel av produktene fra kundene er det vanskelig å etablere en overlegen posisjon ovenfor sine konkurrenter. Et ønske om å tiltrekke seg kunder ligger derfor i konkurransens natur.

Det ligger også i konkurransens natur at de som ikke klarer å følge med faller ut av konkurransen. Med ønske om å sikre virksom konkurranse, er det til en viss grad nødvendig å hjelpe de mindre konkurransedyktige foretakene frem i markedet. I denne sammenheng er derfor legitimt å regulere atferden til dominerende foretak, i de tilfeller der aktørens atferd medfører at konkurransen svekkes i en utstrekning som medvirker til at konkurransen ikke fungerer. Denne vurderingen må samtidig holdes opp mot hensynet til foretakene selv, ettersom det eksisterer en grense for hvor langt konkurransemyndighetene bør gå i å fremme virksom konkurranse på bekostning av de dominerende foretaks frihet. Konkurransereglene skal beskytte konkurransen og ikke konkurrentene. Dersom det legges til grunn et for strengt regelverk, som er resultatet av et per se forbud, vil de dominerende

foretak få en redusert mulighet til å selv å bestemme hvordan de skal drive sin virksomhet for å beskytte den posisjon de besitter. Dette vil kunne få innvirkning på foretakets forretningsinitiativ, ettersom strenge atferdsregler innebærer at foretaket ikke gis frihet til å hente ut alle de gevinster som den dominerende posisjonen gir.

På den annen side er valg av forretningsstrategi et resultat av en sammensatt vurdering av hvordan et foretak hensiktsmessig bør innrette seg i konkurransen. Behovet for å benytte seg av eksklusivitetsavtaler vil være individuelt for de ulike aktørene. Følgelig er det summen av de begrensinger som foreligger for aktørene som eventuelt kan gi utslag på viljen til å konkurrere. Et absolutt forbud mot eksklusivitetsavtaler alene er antakeligvis ikke tilstrekkelig til å medføre denne konsekvensen.

3.2.7.2 Konkurransereglens formål gjør det nødvendig med en virkningsanalyse

Selv om de dominerende aktører mest sannsynlig har er tilstrekkelig forretningsinitiativ til å konkurrere til tross for et absolutt forbud mot eksklusivitetsavtaler, tilsier formålet med forbudet at det ikke er nødvendig å anvende et per se forbud dersom dette ikke bidrar til å fremme effektiv konkurranse.

EF-domstolen hevder i Hoffmann-La Roche at en eksklusivitetsklausul vil medføre en konkurranseskadelig effekt i markedet, nettopp på grunn av klausulens ekskluderende effekt overfor konkurrentene.⁹⁴ Beslutningene fra de ulike tilsynene illustrerer imidlertid at ikke alle eksklusivitetsavtaler utgjør en konkurranseskadelig handling selv om den medfører en ekskluderende effekt. Det vil også være flere argumenter som kan illustrere et behov for en konkret virkningsvurdering. Ettersom vurderingen av om det foreligger en virksom konkurranse må avgjøres ut ifra markedets konkrete forutsetninger, må det eksempelvis ses hen til om de øvrige aktørene har kapasitet til å kunne levere det omfang som eksklusivitetsavtalen omfatter. I motsatt fall vil man risikere at etterspørselen i markedet ikke bli dekket, en omstendighet som ikke bidrar til å fremme virksom konkurranse.

Når en eksklusivitetsavtale ikke medfører den nødvendige konkurranseskadelige effekt, så er det heller ingen begrunnelse for å forby atferden. De økonomiske omstendigheter utgjør i konkurranseretten en del av den virkelighetskonstruksjon som skal legges til grunn ved

⁹⁴ Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, premiss 90.

forvaltningene av konkurransereglene.⁹⁵ Når den økonomiske ramme tilsier at en atferd ikke skader en effektiv konkurranse, forsvinner samtidig den hjemmel som kan legitimere forbudet. Dersom konkurransesituasjonen skulle endre seg, vil det fortsatt være mulighet, med hjemmel i konkurranseloven § 11, til å forby atferden.

For aktørene selv er det mange gjensidige fordeler med å anvende eksklusivitetsavtaler. Den dominerende aktøren vil kunne tilby store leveranser til en eller få aktører. I denne sammenheng utfører det dominerende foretaket kundespesifikke investeringer, mot den gjenytelse at foretaket er sikret at avtaleparten fortsetter å handle varer fra denne tilbyderer. Dette bidrar til å sikre en effektiv ressursbruk.

⁹⁵ Graver (2004), s. 345.

4 Analysen av konkurranseskadelige virkninger

4.1 Problemstillingen

Analysen i dette kapittelet forutsetter at det skal foretas en virkningsvurdering. Ettersom det er uklart i hvilken utstrekning forbudet mot eksklusivitetsavtaler gjelder, er det vanskelig å utlede noen konkrete momenter av praksis som foreskriver hvilken fremgangsmåte som skal benyttes ved virkningsanalysen. Problemstillingen er imidlertid hva det er som skal analyseres og hvordan analysen skal gjennomføres?

EF-domstolen har ved vurderingen av om det foreligger en konkurranseskadelig atferd ilagt de dominerende foretak et ansvar for å ivareta restkonkurransen på det marked de opererer på.⁹⁶ Uttalelsen gjør at restkonkurransen blir en tilsynelatende sentral vurderingsfaktor med hensyn til om atferden medfører den nødvendige konkurranseskadelige effekten.

Begrepet *virksom restkonkurranse* er imidlertid ikke klargjørende for hvordan virkningsanalysen skal gjennomføres, idet begrepet ikke gir anvisning på hvor grensen mellom en virksom restkonkurranse og en konkurranseskadelig handling går. Dette skyldes at virkningsvurderingen ikke er en juridisk analyse, men en analyse av de økonomiske virkninger. Følgelig er det også vanskelig å si noe konkret om selve vurderingen. På denne bakgrunn er begrepet i realiteten en vurderingsnorm uten et presist innhold, begrepet vil bidra derfor ikke til å klargjøre hvordan en analyse skal gjennomføres.

I fravær av konkrete holdepunkter fra praksis vedrørende hvordan virkningsanalysen skal gjennomføres, er det naturlig å ta utgangspunkt i den detaljerte beskrivelse som foreligger fra Kommisjonen. Jeg viser i denne sammenheng til den presentasjon som ble gitt i avsnitt 3.2.3.1.

⁹⁶ Case 322/81, *Michelin v Commission*, premiss 57, hvor en særlig forpliktelse til å ikke skade en effektiv konkurranse ble presisert.

4.2 I hvor stor grad må markedet være berørt?

Det følger av Kommisjonens høringsnotat at den med virkningsanalysen ønsker å avdekke eventuelle ekskluderende virkninger i en konkurranseskadelig retning. Spørsmålet er imidlertid hvor mye som kreves for å kunne konstatere en konkurranseskadelig atferd, ettersom den konkurranseskadelige effekten kan inntreffe med ulik styrke. I hvor stor grad skal konkurrentene i markedet være berørt av atferden før vilkåret om en konkurranseskadelig effekt er oppfylt?

De ulike gradene av den konkurranseskadelige effekten kan illustreres ved en skala som på den ene siden viser tilfeller med et stort skadepotensial, eksempelvis der atferden medfører at konkurrentene faktisk eller mest sannsynlig elimineres fra konkurransen, og eventuelt også de tilfeller der atferden kun medfører at konkurrentene taper omsetning men fortsatt blir værende i markedet. På den andre siden av skalaen befinner de tilfeller seg der atferden medfører at noen konkurrenter holdes utenfor konkurransen, uten at dette nødvendigvis eliminerer den resterende konkurransen. Det er nettopp i de sistnevnte tilfeller hvor det må vurderes om virkningene er av tilstrekkelig betydning til at de kvalifiserer til en konkurranseskadelig atferd. Dersom svaret er bekreftende oppstår spørsmålet om virkningsvurderingen i realiteten innebærer et de minimis krav⁹⁷ til at en konkurranseskadelig atferd kan sies å foreligge.

Ettersom en eksklusivitetsavtale har som en naturlig konsekvens å eliminere konkurrentenes mulighet til å levere til det distribusjonsledd som er forpliktet etter avtalen, vil konsekvensene av en eksklusivitetsavtale alltid medføre at *enkelte konkurrenter* holdes utenfor konkurransen med distribusjonsleddet. Følgelig er virkningene som befinner seg nederst på skalaen innfridd. Med utgangspunkt i at det ikke eksisterer et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler kan en eksklusivitetsavtale i seg selv ikke være tilstrekkelig til å konstatere en konkurranseskadelig atferd. På denne bakgrunn kreves det noe *mer* av virkningene på skalaen, før en konkurranseskadelig virkning kan konstateres. Et minstekrav kan dermed etableres uten å komme i konflikt med innholdet i vilkåret om hva som kreves for at det skal foreligge en konkurranseskadelig virkning.

⁹⁷ Med et de minimis krav forstås virkninger av så beskjeden betydning for konkurransen at de ikke rammes av forbudet. Det er med andre ord tale om et minstekrav for anvendelsen av bestemmelsen.

I TINE-saken presiserer Konkurransetilsynet, under henvisning til EF-domstolens praksis,⁹⁸ at det dominerende foretaket skal opptre på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres, dersom atferden skal utgjøre en ulovlig handling.⁹⁹ Denne uttalelsen setter likhetstegn mellom de tilfeller der konkurransen *elimineres* og de tilfeller der konkurransen *reduseres*. Det ser ut til at Konkurransetilsynet dermed legger en lav standard til grunn ved avgjørelsen av i hvor stor grad markedet skal være berørt, og følgelig ikke åpner for et de minimis unntak for tilfeller som medfører en beskjeden innvirkning på konkurransen. Dette er imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt ettersom Konkurransetilsynet fortsetter sin drøftelse med å presisere at det er den atferd som har en *utestengende effekt* for konkurrentene som er ulovlig. Ved vurderingen av om det foreligger en slik effekt, skal det legges vekt på hvor mange aktører som er bundet opp i eksklusivitetsavtalen og varigheten av disse avtalene. Med den siste presiseringen kan det derfor se ut til at Konkurransetilsynet i realiteten åpner for et de minimis unntak der eksklusivitetsavtalen kun medfører at enkelte konkurrenter faller fra konkurransen. Når varighet og antall vektlegges, åpnes det for en mer nyansert vurdering av om konkurransen som helhet vil fungere over tid, til tross for at enkelte aktører blir holdt utenfor. De tilsynelatende konkurranseskadelige virkninger, ved at en eller flere aktører holdes utenfor konkurransen, er derfor ikke tilstrekkelig til å kvalifisere til en ulovlig atferd, på grunn av virkningenes kortsiktige og beskjedne effekt for konkurransen. Om dette skal klassifiseres som et *de minimis* unntak eller om det er en presisering av innholdet i vilkåret om hvilken effekt som kreves, er ikke avgjørende for rettsanvendelsen av forbudet. Det sentrale er at det legges til grunn en minstestandard for hvilke handlinger som er av en slik karakter at det er behov for å forby dem.

4.3 Hvis den konkurranseskadelige virkningen av eksklusivitetsavtalen er av tilstrekkelig karakter til å forby atferden, kan den likevel tillates?

4.3.1 Læren om *objective justification*

Det er i rettspraksis etablert en adgang til å tillate atferd som rammes av forbudet i konkurranse-loven § 11, i de tilfeller der atferden kan legitimeres ut fra *objective*

⁹⁸ Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents, premiss 25, sak C-7/97 Bronner, premiss 38.

⁹⁹ V2007-2_TINE, TINE-saken s. 41.

*justifications.*¹⁰⁰ Begrunnelsen bak denne doktrinen skyldes at konkurranseskadelige virkninger kan aksepteres dersom atferden ivaretar objektive nødvendige hensyn. Forutsetningen er imidlertid at handlingen skal være proporsjonal med det formål som søkes oppnådd,¹⁰¹ unntaket vil dermed bli tolket snevert. At det eksisterer en unntaksmulighet er også bekreftet i Kommisjonens høringsnotat, der det påpekes at en eksklusivitetsklausul kan aksepteres på bakgrunn av de effektivitetshensyn som oppnås med atferden.¹⁰²

Det fremgår av de vilkår som presiseres der, at en eksklusivitetsavtale vanskelig vil kunne oppfylle kravene til unntaksadgangen.¹⁰³ En eksklusivitetsavtale kan medføre stordriftsfordeler ved at det bare benyttes en aktør til å distribuere varene, Kommisjonen foreskriver imidlertid at det ikke skal eksistere noen annen måte å oppnå de legitime fordelene på, enn ved den atferd som er benyttet. Ettersom en ordinær størrelsesrelatert rabatt vil kunne medføre at den samme forbindelsen mellom leverandør og tilbyder oppnås uten at rabatten forhindrer avtaleparten i å velge alternative leverandører, vil en *forpliktelse* til å ikke avta varer fra en annen tilbyder ikke kunne forsvares med utgangspunkt i dette vilkåret.

I Hoffmann-La Roche la EF-domstolen vekt på at eksklusivitetsavtalene var *konstruert*¹⁰⁴ med sikte på å forhindre eller begrense distributørens mulighet til å velge sin leverandør, og at avtalene med de stordriftsfordeler de innebar, derfor ikke kunne anses som atferd som legitimerte den ulempe som klausulene medførte. På bakgrunn av uttalelsen kan det se ut til at EF-domstolen derfor ikke åpner for at unntaksregelen kan anvendes på eksklusivitetsavtaler. Er imidlertid avgjørelsen egnet til å beskrive unntaksbestemmelsens reelle virkeområde, eller er den egentlig et uttrykk for en virkningsvurdering av eksklusivitetsavtalens konsekvenser og motiv?

¹⁰⁰ Case 311/84, Telemarketing, premiss 27, der det ble åpnet for unntak fra forbudet på grunn av handelstekniske krav.

¹⁰¹ Eøs-rett, (2004), side 567.

¹⁰² Kommisjonens høringsnotat punkt 172.

¹⁰³ Kommisjonens høringsnotat punkt 84 flg.

¹⁰⁴ Case 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission, premiss 90.

4.3.2 Er doktrinen om *objective justifications* et uttrykk for en selvstendig regel?

En selvstendig regel utgjør et eget rettsgrunnlag for å kunne vurdere om det foreligger unntak fra forbudet, følgelig skal unntaksbestemmelsen først anvendes etter at et eventuelt forbud er konstatert. Læren om objektive nødvendige handlinger blir i Kommisjonens høringsnotat presentert som en selvstendig regel. Av praksis ser det imidlertid ut til at eventuelle objektive hensyn blir tatt i betraktning allerede ved vurderingen av om atferden overhodet er forbudt. I mange tilfeller, særlig der det foreligger lojalitetsrabatter, vil den manglende sontringen antakeligvis ikke medføre ulike resultater, ettersom det er de samme legitime hensyn som skal vurderes og vektlegges, i den utstrekning atferden kan forsvares.

På den andre siden kan det hevdes at når den forbudte atferden konstateres før det vurderes om det foreligger unntak, åpnes det for en større mulighet til at atferden kan være tillatt. En unntaksbestemmelse gjør det mulig at en i utgangspunktet forbudt handling aksepteres. Følgelig er vurderingen mer nyansert, ettersom flere hensyn antakeligvis legges til grunn. Eksempelvis vil eventuelle fordeler som kommer forbrukerne tilgode, kunne veie opp for den ulempe som eksklusivitetsavtalen medfører. Domstolene er imidlertid ikke avskåret fra å vektlegge slike hensyn i en totalvurdering, slik at den reelle forskjellen mellom vurderingene antakeligvis ikke er så stor.

Med utgangspunkt i Kommisjonens klare sontring mellom de positive virkninger som vurderes under *defences* vurderingen, og de negative virkninger som vurderes når en konkurranseskadelig atferd skal konstateres, kan det trolig konstateres at utgangspunktet skal være at unntaksregelen utgjør en selvstendig regel. Det er vilkårene for anvendelsen av unntaket som medfører at eksklusivitetsavtaler ikke vurderes under denne bestemmelsen. Dette er imidlertid ikke det samme som at doktrinen om *objective justifications* ikke utgjør en selvstendig regel.

4.4 Er reglene presise nok?

Omfanget av forbudet mot eksklusivitetsavtaler kan ikke beskrives generelt, ettersom forbudet er et resultat av en konkret helhetsvurdering av de faktiske og økonomiske omstendigheter i markedet.

En eksklusivitetsavtale vil føre med seg en rekke fordeler for et dominerende foretak. De dominerende foretakene har derfor et behov for å kunne vite i hvilken utstrekning dette er en metode som er akseptabel å benytte seg av, når de bestemmer sin forretningsstrategi. Kommisjonen har i denne sammenheng forsøkt å presisere rettstilstanden gjennom sitt høringsnotat. Notatet gir en relativt detaljert beskrivelse av hvilken atferd som er forenelig med konkurransereglene, men notatet er likevel ikke mer presist enn at det kun gir anvisning på momenter i en helhetsvurdering. Selv med utgangspunkt i de konkrete momenter som ligger til grunn for vurderingen, vil det fortsatt kunne oppstå tvil med hensyn til hvordan momentene skal vektlegges i det enkelte tilfellet. Konkurransereglene står imidlertid i en særstilling når det gjelder hensynet til forutberegnelighet, ettersom det ikke er ikke mulig å beskrive rettsanvendelsen nærmere uten at den konkrete økonomiske analysen, som i all hovedsak legitimerer forbudet, forsvinner.

Dersom det skal gis en presis grense for forbudets anvendelsesområde er alternativet å etablere en sikker sone for de typer eksklusivitetsavtaler som lovlig kan benyttes. Denne måten å anvende konkurransereglene på følger allerede av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeidsavtaler i konkurranseloven § 10, og Kommisjonen har i denne sammenheng utarbeidet en rekke gruppefritak for ulike typer avtaler som alltid er i overensstemmelse med lovverket.

5 Hva kan ventes av fremtidige avgjørelser?

5.1 Forholdet mellom Kommisjonens rettsanvendelse og EF-domstolens fremtidige avgjørelser

Kommisjonen forvalter konkurransereglene, og treffer i denne forbindelse individuelle og generelle vedtak der Kommisjonen mener at konkurransereglene er overtrådt.

Kommisjonen er det organet som først tar stilling til om det er behov for å forby en bestemt type atferd med utgangspunkt i konkurransereglene. Ettersom det er både dyrt og tidskrevende å anke en eventuell beslutning inn for EF-domstolen, vil Kommisjonens beslutninger ofte utgjøre en endelig avklaring av om atferden tillates eller ikke.

Kommisjonen har følgelig en betydelig innflytelse på rettstilstanden selv om organet ikke utgjør en del av rettsapparatet. Dersom det dominerende foretak likevel skulle velge å anke Kommisjonens beslutning inn for EF-domstolen for en endelig rettslig avklaring, er EF-domstolen åpenbart ikke bundet av Kommisjonens rettsoppfatning. I de tilfeller der EF-domstolen har en annen rettsoppfatning enn Kommisjonen, står EF-domstolen derfor fritt til å forby eller tillate ekskluderende atferd med hjemmel i forbudsbestemmelsen.

På bakgrunn av Kommisjonens innflytelse ved forvaltningen av konkurransereglene og dens forsøk på å presisere rettstilstanden gjennom høringsnotatet, oppstår spørsmålet om EF-domstolen vil velge å følge den linje som Kommisjonen har etablert i høringsnotatet, selv om dette vil innsnevre forbudets anvendelsesområde sammenlignet med EF-domstolens oppfatning.

Kommisjonen har gjennom høringsnotatet uttalt at den ønsker at eksklusivitetsavtaler skal være tillatt under gitte forutsetninger. Eksklusivitetsavtaler er en forretningsmetode som benyttes i stor utstrekning. Når et dominerende foretak inngår eventuelle eksklusivitetsavtaler med sine avtaleparter involveres mye arbeid og økonomiske investeringer. Foretakene har derfor et behov for å vite om det er verdt å foreta slike investeringer. Kommisjonens høringsnotat vil i denne forbindelse være naturlig å ta utgangspunkt i når forretningsstrategien legges opp, ettersom Kommisjonens rettsanvendelse ofte vil være den endelige avklaringen for selskapene.

For å oppnå en ensartet rettsanvendelse, som i større utstrekning åpner for en virkningsvurdering enn det som følger av praksis fra domstolen, kan det være at EF-domstolen velger å følge de føringer som Kommisjonen gir anvisning på. Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling forutsetter en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter. Det er derfor vanskelig å trekke opp en presis ramme for hvor grensen mot den ulovlige atferden går. EF-domstolens eventuelle valg om å legge til grunn den rettsanvendelse som følger av Kommisjonens beslutninger, vil derfor ikke medføre at det treffes en avgjørelse i strid med domstolens tidligere rettsoppfatning.

6 Avsluttende bemerkninger

Hovedtemaet for denne oppgaven har vært omfanget av forbudet mot eksklusivitetsavtaler under konkurranselovens § 11, herunder hvorvidt det eksisterer et per se forbud mot eksklusivitetsavtaler. I denne forbindelse er det konstatert at det ikke er tilstrekkelig hjemmel i praksis til at det kan etableres et absolutt forbud mot eksklusivitetsavtaler. Følgelig er det et krav for forbudets anvendelse at det foretas en konkret virkningsanalyse. På bakgrunn av at praksis er uklar med hensyn til rettsanvendelsen vedrørende forbudet mot eksklusivitetsavtaler er det naturlig for aktørene å ta utgangspunkt i Kommisjonens høringsnotat. I tillegg til at høringsnotatet er det eneste dokumentet som konkret foreskriver hvordan en virkningsanalyse skal gjennomføres, gir notatet detaljerte opplysninger som bidrar til å gjøre innholdet i forbudet mer tilgjengelig. Høringsnotatet kan derfor fungere som retningslinjer for selskapene, noe som muliggjør en tilpassning til eksklusivitetsavtalene etter den ramme som høringsnotatet foreskriver.

Selv med kunnskap om hvilke momenter som bør vurderes i en virkningsanalyse, er det på bakgrunn av reglenes økonomiske ramme vanskelig å gi en presis beskrivelse av i hvilken utstrekning de konkrete momentene er utslagsgivende for forbudet.

Forholdet mellom Kommisjonen og EF-domstolens ulike rettsoppfatning kan få betydning for hvordan Kommisjonen og EF-domstolen skal forholde seg til hverandre ved fremtidige avgjørelser. I lys av Kommisjonens høringsnotat og en klar antydning om at en oppmykning av forbudet mot eksklusivitetsavtaler er ønskelig, er det grunn til å tro at EF-domstolen kan være villige til å legge en mer nyansert tilnærming til grunn ved vurderingen av om en eksklusivitetsavtale bør tillates.

7 Kilder

Bøker, artikler m.m.

EØS-rett. Fredrik Sejersted ... [et al]. 2. utgave. Universitetsforlaget, Oslo 2004

Graver, Hans Petter. *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranse-loven § 11. Fagfellevurdert artikkel.* I: Lov og Rett nr.6 2004 s. 340-359

Norsk konkurranserett. Olav Kolstad ... [et al] Bind I, Atferdsregler og strukturkontroll, Universitetsforlaget, Oslo 2007

Whish, Richard. *Competition Law.* 5. utgave, Butterwoths, London 2005

Rapporter og Retningslinjer

Regulation 2790/99, OJ [1999]

Kommisjonens Staff discussion paper, Brussel 2005

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, [sitert 19. April 2007]

Lovregister

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

§ 1

§ 2

Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranse-loven) av 5. mars 2004 nr.11

§ 1

§ 7

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranse-loven) av 5. mars 2004 nr. 12

§ 2

§ 5

§ 8

§ 10

§ 11

Forarbeider

Ot.prp.nr.6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretakssammenslutninger (konkurranse-loven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens

konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv. s. 221-225

Traktater

Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-traktaten). Roma 15. mars 1957

Artikkel 81

Artikkel 82

Artikkel 211

Artikkel 220

Artikkel 225

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen).

Oporto, 2. mai 1992

Artikkel 53

Artikkel 54

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA). Oporto, 2. mai 1992

Artikkel 4

Artikkel 5

Artikkel 27

Praksis

Høyesterett

Rt. 1997 s. 1954

Konkurransetilsynets vedtak

V2007-2, *TINE mot Konkurransetilsynet*

http://www.kt.no/iKnowBase/Content/425898/V2007-2_TINE.PDF, [sitert 19. april 2007]

EF-domstolen

Forende saker 56 og 58/64 *Etakissements Consten SARL and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission*. Sml. 1965-1968 s. 299

Sak 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can v Commission*, Sml. 1973 s. 215

Forende saker 6-7/73 *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A and Commercial Solvents Corporation v Commission*. Sml. 1974 s. 223

Forende saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73 *Suiker Unie v Commission*. Sml. 1975 s.1663

Sak 27/76 *United Brands Company v Commission*. Sml. 1978 s. 207

Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission*. Sml. 1979 s.461

Sak 322/81 *Michelin v Commission (Michelin I)*. Sml. 1983 s. 3461

Sak 311/84 *Telemarketing (CBEM) v CLT, IPB*. Sml. 1985 s. 3261

Sak C-234/89 *Delimitis v Henninger Brau*. Sml. 1991 s. I-935

Sak C-41/90 *Klaus Høfner og Fritz Elsner v Macrotron GmbH*. Sml. 1991 s. I-1979

Forende saker C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports*. Sml. 2000 s. I-1365

Sak C 7/97 *Oscar Bronner v Mediaprint*. Sml. 1998 s. I-7791

Sak 95/04 *British Airways v Commission* Sml.

Førsteinstansdomstolen

Sak T-65/89 *BPB Industries og British Gypsum Ltd v Commission*. Sml. 1993 s. II- 389

Sak T-228/97 *Irish Sugar v Commission*. Sml. 1999 s. II-2969

Sak T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission*. Sml. 2003 s. II-4653

Sak T-219/99 *British Airways v Commission*. Sml. 2003 s. II-5917

Sak T-203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)*. Sml. 2003 s. II-4071

Kommisjonens beslutninger

Case comp/39.116/B-2-Coca-Cola, 22.06.2005 *Coca cola v Commission*

Case comp/38.113, 29.03.2006 *Tomra v Commission*

Svensk rettspraksis

Retten i Århus 10. Februar 2006, SS 8.1420/2005, *Arla v Anklagemyndigheden*

Øvrige avgjørelser

Journal nr. 4/0120-0100-0017/SEK/LOB *Flex Medie mod Konkurrencestyrelsen*,

<http://www.ks.dk/konkurrence/afgoerelser/2006/r3105/dbcmedier/>, [sitert 19. april 2007]

Enforcement decision series (E/06/001) *TicketMaster Ireland v The Competition Authority*

Dnr 444/2005, 2007-03-07 *Ticnet mot Konkurrensverket*,

<http://www.konkurrensverket.se/diariet/resultat.asp>, [sitert 19. april 2007]